

Sygn. akt VI ACa 120/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 czerwca 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA – Aldona Wapińska (spr.)

Sędzia SA – Marek Kolasiński

Sędzia SO del. – Urszula Dąbrowska

Protokolant: – sekretarz sądowy Paulina Czajka

po rozpoznaniu w dniu 30 czerwca 2017 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa (...) S.A. we W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

o nałożenie kary pieniężnej i usunięcie stwierdzonych nieprawidłowości

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z dnia 3 listopada 2015 r.

sygn. akt XVII AmT 43/14

I. oddala apelację;

II. zasądza od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na rzecz (...) S.A. we W. kwotę 1 080 zł (jeden tysiąc osiemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

VI ACa 120/16

UZASADNIENIE

Decyzją nr (...) z dnia 30 grudnia 2013 r. – Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, na podstawie art. 201 ust. 3 w związku z art. 209 ust. 1 pkt 4 oraz art. 210 ust. 1 -3 i ust. 5 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171, poz. 1800 z późn. zm.) oraz art. 104 § 1 kpa, w zw. z art. 206 ust. 1 kpa, po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego w sprawie wydania decyzji nakazującej (...) S.A. z siedzibą we W. usunięcie stwierdzonych w zaleceniach pokontrolnych z dnia 17 października 2012 r. znak: (...) nieprawidłowości i nakładającej na (...) S.A. karę pieniężną w związku z naruszeniem obowiązków informacyjnych w stosunku do użytkowników końcowych, stwierdzonych w protokołach kontroli z dnia 18 września 2012 r. znak: (...) z dnia 8 lutego 2013 r. znak: (...) z dnia 8 lutego 2013 r. znak: (...),

- **w punkcie pierwszym** nakazał (...) usunięcie stwierdzonych nieprawidłowości, polegających na naruszeniu § 7 ust. 2 pkt 6 rozporządzenia Ministra (...)z dnia 1 października 2004 r. w sprawie trybu postępowania reklamacyjnego oraz warunków, jakim powinna odpowiadać reklamacja usługi telekomunikacyjnej (Dz. U. Nr 226, poz. 2291 zwanego dalej „Rozporządzeniem”) poprzez brak pouczenia w udzielanych odpowiedziach na reklamacje

usług telekomunikacyjnych o wyczerpaniu drogi postępowania reklamacyjnego i prawie dochodzenia roszczeń w postępowaniu sądowych, a dodatkowo, w przypadku gdy reklamującym jest konsument, o prawie dochodzenia roszczeń w postępowaniach, o których mowa w art. 109 i 110 Pt;

- **w punkcie drugim:** - wskazał konieczne do podjęcia przez (...) środki w celu usunięcia nieprawidłowości, o których mowa w pkt I sentencji decyzji, wskazał, że w udzielanych przez (...) odpowiedziach na reklamacji usług telekomunikacyjnych, Spółka zobowiązana jest każdorazowo stosować pouczenie o wyczerpaniu drogi postępowania reklamacyjnego i prawie dochodzenia roszczeń w postępowaniu sądowym, a dodatkowo, w przypadku gdy reklamującym jest konsument, o prawie dochodzenia roszczeń w postępowaniach, o których mowa w art. 109 i 110 Pt – zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 6 Rozporządzenia;

w punkcie trzecim: - określił termin usunięcia nieprawidłowości, wskazanych w pkt I sentencji decyzji na dzień 1 lutego 2014 r.

w punkcie czwartym:

- nałożył na (...) z siedzibą we W. karę pieniężną w wysokości 49.914 PLN za naruszenie obowiązków informacyjnych w stosunku od użytkowników końcowych, polegające na braku pouczenia o wyczerpaniu drogi postępowania reklamacyjnego i prawie dochodzenia roszczeń w postępowaniu sądowym, a dodatkowo, w przypadku gdy reklamującym jest konsument, o prawie dochodzenia roszczeń w postępowaniach, o którym mowa w art. 109 i 110 Pt, wbrew normie § 7 ust. 2 pkt 6 Rozporządzenia, płatną do budżetu państwa.

Od w/w decyzji powód (...) Spółka Akcyjna z siedzibą we W. złożył odwołanie zaskarżając rozstrzygnięcie w całości i zarzucając:

- 1) obrazę prawa procesowego poprzez błędne zastosowanie art. 6 i 7 kpa prowadzące do oparcia decyzji na nieprawidłowo ustalonym stanie faktycznym;
- 2) obrazę prawa procesowego poprzez uchybienie art. 8 kpa prowadzące do wydania decyzji opierając się wyłącznie na interesie konsumenta z pominięciem stanowiska Operatora;
- 3) obrazę prawa materialnego poprzez błędną wykładnię art. 201 ust. 3, art. 209 ust. 1 pkt 4 oraz art. 209 ust. 1a ustawy – Prawo telekomunikacyjne, prowadzącą do nałożenia kary pieniężnej mimo braku faktycznych i prawnych ku temu podstaw;
- 4) obrazę prawa materialnego w postaci art. 210 ust. 1 i 2 ustawy – Prawo telekomunikacyjne, poprzez jego błędne zastosowanie, co skutkowało nałożeniem na powódkę rażąco wygórowanej kary pieniężnej, niewspółmiernej do zakresu i stopnia naruszenia oraz nie znajdującej uzasadnienia w dotychczasowej działalności Operatora.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty powód wniósł o uchylenie decyzji w całości lub o umorzenie postępowania ewentualnie o przekazanie do ponownego rozpatrzenia przez organ pierwszej instancji oraz o zasądzenie kosztów postępowania według norm prawem przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania powód podnosił, że w całości wykonał zalecenia pokontrolne z dnia 17 października 2012 r. Powód załączył do odwołania plik przykładowych pism kierowanych do abonentów stanowiących odpowiedz (...) S.A. na reklamacje, na okoliczność treści korespondencji kierowanej do użytkowników końcowych (abonentów) i zawartych w nich pouczeń, jednakże oznaczenia tych pism nie odpowiadały oznaczeniom pism, które wchodziły w skład próbki reklamacji poddanych badaniu w trakcie przeprowadzonej kontroli.

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Pozwany nie zgodził się z twierdzeniem powoda, iż ten wykonał zalecenia pokontrolne i usunął stwierdzone nieprawidłowości, o czym miała świadczyć analiza próbki reklamacji poddana badaniu w okresie od 11 stycznia 2013r. do dnia 8 lutego 2013 r. (wskazana w protokole

z dnia 08.02 2013r.), która zdaniem pozwanego nie zawierała odpowiedniego pouczenia zgodnego z zaleceniami. Pozwany stwierdził, że dopiero następne pismo kierowane do abonenta w odpowiedzi na reklamacje zawierało stosowne pouczenie.

W piśmie z dnia 07 października 2015r. pełnomocnik powoda podtrzymał stanowisko odnośnie wykonania przez powoda zaleceń pokontrolnych. Ponadto pełnomocnik zarzucił, iż w aktach administracyjnych sprawy brak jest jakichkolwiek dokumentów dotyczących spraw wskazanych w pkt. Ad.4 na stronie 3 protokołu kontroli z dnia 08 lutego 2013r. Powołując się na treść korespondencji kierowanej do abonentów w sprawach reklamacji, których numery odpowiadają numerom spraw poddanych kontroli, pełnomocnik powoda stwierdził, że w części przypadków pisma klientów dotyczą odstąpienia od umowy a nie mają charakteru reklamacji.

Stanowisko powyższe pełnomocnik powoda podtrzymał na rozprawie w dniu 22 października 2015r., na której doszło do zamknięcia rozprawy i ogłoszenia stronom postanowienia sądu o odroczeniu publikacji orzeczenia do dnia 3 listopada 2015r.

W dniu 3 listopada 2015r. po wywołaniu stron na publikację orzeczenia pełnomocnik pozwanego Prezesa UKE złożył wnioski o otwarcie zamkniętej rozprawy i przeprowadzenie dowodu z płyt CD na okoliczność treści reklamacji w kontrolowanych sprawach i odpowiedzi na nie powoda oraz zasadności nałożenia kary pieniężnej, a także zakresu naruszenia przez powoda przepisów ustawy.

Wyrokiem z dnia 3 listopada 2015 roku Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił zaskarżoną decyzję oraz zasądził od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na rzecz (...) S.A. z siedzibą we W. kwotę 460 złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania.

Podstawą rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego były następujące ustalenia faktyczne i rozważania prawne:

Prezes UKE na podstawie art. 199 Pt za okres od 01 października 2011 r. do 28 września 2012 r. prowadził wobec przedsiębiorcy telekomunikacyjnego (...) S.A. - dostawcy publicznie dostępnych usług w sieci stacjonarnej – postępowanie kontrolne w zakresie przestrzegania przez tego przedsiębiorcę przepisów ustawy Pt określających obowiązki dostawcy wobec użytkowników końcowych. Kontrolą objęto także umowy, regulaminy oraz tryb rozpatrywania reklamacji.

W wyniku kontroli Prezes UKE ustalił, że (...) S.A. świadcząc usługi telefonii stacjonarnej względem swoich użytkowników końcowych, w odpowiedziach na reklamacje nie stosował pouczeń o wyczerpaniu drogi postępowania reklamacyjnego oraz prawie do dochodzenia roszczeń w postępowaniu sądowym, a także prawie do dochodzenia roszczeń o których mowa w art. 109 i 110 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne.

Prezes UKE zalecił (...) S.A. prawidłowe stosowanie §7 ust. 2 pkt 6 oraz pkt 7 rozporządzenia Ministra (...) (Dz. U. Nr 225, poz. 2291) i nakazał wykonanie tego zalecenia w terminie 30 dni od daty jego doręczenia. Zalecenia pokontrolne zostały doręczone (...) S.A. w dniu 22 października 2012 r.

W piśmie z 23 listopada 2012 r. (...) S.A. twierdziła, że treść pouczeń została wprowadzona do standardowych praktyk stosowanych przez Spółkę zgodnie z zaleceniami pokontrolnymi.

Prezes UKE na podstawie art. 199 Pt prowadził wobec przedsiębiorcy czynności kontrolne obejmujące okres od 23 listopada 2012 r. do 10 lutego 2013 r., w przedmiocie wykonania nakazu wynikającego z zaleceń pokontrolnych z 17 października 2012 r.

Kontroli została poddana korespondencja (...) S.A kierowana do użytkowników końcowych oznaczona kolejno znakami: (...) z dnia 30 października 2012 r., (...) z dnia 25 października 2012 r.; (...) z dnia 25 i 30 października 2012 r.; (...); (...), (...), (...) odpowiednio z dni 29 września 2012 r. oraz 8, 16, 23 października 2012 r., (...) z dnia 10 stycznia 2013 r.; (...) z dnia 10 stycznia 2013 r.; (...) odpowiednio z dni 19 grudnia 2013 r. oraz 15 stycznia 2013 r.; - (...) z dnia 11 stycznia 2013 r.; (...) z dnia 23 listopada 2012 r.; (...), (...) odpowiednio z dni 12, 27 września 2012 r.

oraz 28 listopada 2012 r.; - (...) z dnia 4 stycznia 2013 r.; (...) z dnia 7 stycznia 2013 r., (...) z dnia 4 stycznia 2013 r. W protokole kontroli stwierdzono, że odpowiedzi na reklamacje składane przez abonentów w wyżej wymienionych sprawach nie zawierają pouczeń o wyczerpaniu drogi postępowania reklamacyjnego i prawie dochodzenia roszczeń w postępowaniu sądowym, a dodatkowo w przypadku gdy reklamującym jest konsument, o prawie dochodzenia roszczeń w postępowaniach, o których mowa w art. 109 i 110 Pt. Pouczenia te były stosowane dopiero w przypadku kolejnego wystąpienia abonenta.

Prezes UKE na podstawie art. 206 ust. 1 i art. 201 ust. 3 oraz art. 209 ust. 1 pkt 4 i 13a ustawy z dnia 16 lipca 2014 r. Prawo telekomunikacyjne wszczął z urzędu postępowanie w sprawie wydania decyzji nakazującej (...) S.A. usunięcie naruszeń stwierdzonych w zaleceniach pokontrolnym z dnia 17 października 2012 r. i nałożenia kary pieniężnej za naruszenie obowiązku informacyjnego w stosunku do użytkownika końcowego.

Tym samym zawiadomieniem (...) S.A. została wezwana do przekazania danych dotyczących wielkości przychodu osiągniętego w 2012 r.

W/w zawiadomieniem Prezes UKE poinformował stronę o możliwości zapoznania się z zebrany materiał dowodowy w sprawie, w tym także o możliwości wypowiedzenia się przed wydaniem decyzji co do zebranych dowodów i materiałów, w terminie 14 dni od dnia jego otrzymania.

Według stanowiska (...) S.A. zalecenia pokontrolne zostały wykonane.

(...) S.A. nie przedstawiła dokumentów o wielkości osiągniętego przychodu w 2012 r. Prezes UKE na podstawie posiadanych danych sprawozdawczych ustalił, że (...) S.A. na koniec 2012 r. osiągnęła przychód w wysokości: 4.991.441,60 zł.

W ocenie Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Sąd pierwszej instancji wskazał, iż przedmiotowa decyzja została wydana na podstawie art. 201 ust 3 Pt, który stanowi, że jeżeli po upływie 30 dni od dnia doręczenia zaleceń pokontrolnych (...) podmiot kontrolowany nie usunie wskazanych nieprawidłowości (...) Prezes UKE wydaje decyzję, w której nakazuje usunięcie stwierdzonych nieprawidłowości oraz może nałożyć karę, o której mowa w art. 209. Wydając zaskarżoną decyzję Prezes UKE stwierdził, iż powód nie wykonał zaleceń pokontrolnych z dnia 17 października 2012 r., doręczonych powodowi w dniu 22 października 2012 r. a zobowiązujących go do usunięcia stwierdzonych nieprawidłowości polegających na naruszeniu § 7 ust. 2 pkt 6 rozporządzenia z dnia 1 października 2004r. Ministra (...)w sprawie trybu postępowania reklamacyjnego oraz warunków, jakim powinna odpowiadać reklamacja usług telekomunikacyjnej (Dz.U. Nr 226, poz. 2291), poprzez niewypełnienie obowiązku informacyjnego wobec użytkowników końcowych przez niezamieszczanie w odpowiedziach na reklamacje pouczeń o wyczerpaniu drogi postępowania reklamacyjnego i prawie dochodzenia roszczeń w postępowaniu sądowym, a dodatkowo gdy reklamującym jest konsument - o prawie dochodzenia roszczeń w postępowaniach, o których mowa w art. 109 i art. 110 Pt. Jako dowód niewypełnienia przez powoda nakazu określonego zaleceniem pokontrolnym pozwany przedłożył protokół kontroli z dnia 8 lutego 2013 r. – z którego wynika, że w trakcie kontroli dokonał analizy treści próbki korespondencji reklamacyjnej (powołując się na poszczególne znaki pism), nie załączył jednakże tej korespondencji.

Powód zaprzeczył aby nie usunął nieprawidłowości stwierdzonych w zaleceniach pokontrolnych, jak również wykazywał, że część powołanych przez Prezesa w protokole z dnia 08.02.2013r. numerów spraw, jakich dotyczyła korespondencja, została błędnie zakwalifikowana jako postępowanie reklamacyjne i na tę okoliczność przedłożył przy piśmie procesowym z dnia 07.10.2015r. wydruki korespondencji, na którą powoływał się w protokole kontroli Prezes UKE tj. pisma powoda kierowane do abonentów o znakach : (...) z dnia 08.01.2013, (...) z dnia 30.10.2012 r., (...) z dnia 26.09.2012 r., (...) z dnia 23.11.2012 r., (...) z dnia 07.01.2012 r. (...) z dnia 10.01.2013 r., (...) z dnia 04.01.2013

r., (...) z dnia 04.2013 r., (...) z dnia 10.01.2013 r, z treści których wynika, że dotyczą one wypowiedzenia umowy przez abonentów.

Sąd pierwszej instancji wskazał, iż rozstrzygnięcie zawarte w zaskarżonej decyzji Prezes UKE oparł na ustaleniach zawartych w protokole kontroli z dnia 08.02.2013r. , w którym wskazano jedynie numery spraw będących przedmiotem kontroli (tzw. próbki kontrolnej) oraz w którym to protokole sformułowano wniosek , że odpowiedzi na reklamacje nie zawierały pouczenia o wyczerpaniu drogi postępowania reklamacyjnego i prawie dochodzenia roszczeń w postępowaniu sądowym.

W ocenie Sądu przedstawione przez Prezesa UKE protokoły kontroli , a zwłaszcza protokół z dnia 08.02.2013r. nie jest dowodem wystarczającym na potwierdzenie ustaleń faktycznych , z których Prezes wywodzi wnioski będące podstawą negatywnego dla powoda rozstrzygnięcia i nałożenia kary pieniężnej. Ustalenia tego protokołu musiały się bowiem opierać na faktach stwierdzonych innymi dokumentami (reklamacyjnymi) , których pozwany nie przedstawił, a wobec zaprzeczenia przez powoda niewykonaniu zaleceń pokontrolnych, Sąd nie miał możliwości ich zweryfikować. Ustalenia faktyczne dokonane przez Prezesa w zaskarżonej decyzji opierają się bowiem na analizie dokumentów , które nie zostały przedstawione Sądowi Okręgowemu, zgodnie z art. 217 k.p.c. do zamknięcia rozprawy.

Natomiast – zdaniem Sądu pierwszej instancji – powód wykazał w stosunku do części korespondencji kontrolowanej przez pozwanego, tj. pism powoda o znakach : (...) z dnia 08.01.2013, (...) z dnia 30.10.2012 r., (...) z dnia 26.09.2012 r., (...) z dnia 23.11.2012 r., (...) z dnia 07.01.2012 r., (...) z dnia 10.01.2013 r., (...) z dnia 04.01.2013 r., (...) z dnia 04.2013 r., (...) z dnia 10.01.2013 r, że korespondencja ta nie dotyczyła postępowań reklamacyjnych związanych z wykonaniem umowy, lecz odstąpienia abonentów od umowy. W przypadku zaś korespondencji o znaku (...) z dnia 03.12.2012 r. powód pouczył użytkownika końcowego o treści § 7 ust. 2 pkt 6 rozporządzenia Ministra (...)z dnia 1 października 2004 r. w sprawie trybu reklamacyjnego oraz warunków jakim powinna odpowiadać reklamacja usługi telekomunikacyjnej.

W tej sytuacji – zdaniem Sądu Okręgowego – należało stwierdzić, iż trafnie powód zarzuca naruszenie art. 209 ust. 1 pkt 4 Prawa telekomunikacyjnego przez nałożenie na powoda kary pieniężnej, w sytuacji gdy pozwany nie udowodnił, aby powód rzeczywiście dopuścił się naruszenia § 7 ust. 2 pkt 6 rozporządzenia Ministra (...)z dnia 1 października 2014 r. w sprawie trybu reklamacyjnego oraz warunków jakim powinna odpowiadać reklamacja, tj. obowiązków informacyjnych w stosunku do użytkownika końcowego.

Odwołując się do utrwalonego orzecznictwa Sądu Najwyższego, Sąd pierwszej instancji wskazał, iż w przypadku postępowań dotyczących nałożenia kar administracyjnych, zastosowanie znajduje wyższy poziom ochrony praw przedsiębiorcy, co przekłada się na obowiązek dochowania przez Prezesa UKE wyższego standardu dowodowego. Temu ciężarowi dowodowemu - w ocenie Sądu Okręgowego - Prezes Urzędu nie sprostał.

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów stwierdził , iż brak było podstaw do otwarcia zamkniętej rozprawy z uwagi na treść art. 217 §1 i 2 k.p.c.

Mając powyższe na uwadze, uznając odwołanie za uzasadnione Sąd Okręgowy - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił zaskarżoną decyzję stosownie do treści art. 479⁶⁴ § 2 k.p.c., o kosztach postępowania orzekając w oparciu art. 98 k.p.c.

Powyższy wyrok Sądu Okręgowego w całości zaskarżył apelacją pozwany Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej zarzucając:

1. naruszenie przepisów prawa procesowego, które miało istotny wpływ na rozstrzygnięcie, tj. art. 233 k.p.c. w związku z art. 244 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz nieprawidłową ocenę mocy dowodowej materiałów zebranych w sprawie.

2. naruszenie przepisów prawa procesowego, które miało istotny wpływ na rozstrzygnięcie, tj. art. 225 k.p.c. oraz art. 316 §2 k.p.c. w związku z art. art. 227 k.p.c. poprzez nie otwarcie rozprawy na nowo oraz nie przeprowadzenie dowodu z płyt CD stanowiących załącznik do protokołu kontroli z dnia 8 lutego 2013 r. załączonych do pisma pełnomocnika Prezesa UKE z dnia 30 października 2015 r.

Apelujący zakwestionował stanowisko Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, iż:

– po pierwsze protokół kontroli z 8 lutego 2013 r. nie stanowi wystarczającego dowodu na potwierdzenie tezy, że (...) naruszył obowiązki informacyjne w stosunku do abonentów gdyż ustalenia tego protokołu nie opierały się na faktach potwierdzonych dokumentami oraz

– po drugie – że Powód wykazał w stosunku do części kontrolowanej korespondencji, iż korespondencja ta nie dotyczy postępowań reklamacyjnych.

Pozwany przypominał ustalenia stanu faktycznego, wskazując, iż w okresie od dnia 28 sierpnia 2012 r. do dnia 28 września 2012 r. Prezes UKE przeprowadził kontrolę przestrzegania przez (...) przepisów prawa telekomunikacyjnego określających obowiązki dostawców usług telekomunikacyjnych względem użytkowników końcowych,. Kontrola obejmowała działalność (...) w okresie od dnia 1 października 2011 r. do dnia 21 września 2012 r. W wyniku kontroli, której ustalenia zawarte zostały we włączonym do akt postępowania protokole kontroli z dnia 28 września 2012 r., znak:(...), Prezes UKE stwierdził szereg naruszeń w treści stosowanych przez Powoda wzorców umów i regulaminów, między innymi: naruszenie § 7 ust. 2 pkt 6 Rozporządzenia Ministra (...)z dnia 1 października 2004 r. w sprawie trybu postępowania reklamacyjnego oraz warunków, jakim powinna odpowiadać reklamacja usługi telekomunikacyjnej poprzez:

- brak udzielenia odpowiedzi na złożoną reklamację
- brak pouczenia o wyczerpaniu drogi postępowania reklamacyjnego i prawie dochodzenia roszczeń w postępowaniu sądowym, a dodatkowo, w przypadku gdy reklamującym jest konsument, o prawie dochodzenia roszczeń w postępowaniach, o których mowa w art. 109 i 110 Pt;
- brak podpisu upoważnionego pracownika reprezentującego dostawcę usług.

Z uwagi na stwierdzone uchybienia Prezes UKE wydał zalecenia pokontrolne z dnia 17 października 2012 r., znak: (...), w których wezwał Powoda do usunięcia w terminie 30 dni od dnia doręczenia Zaleceń pokontrolnych, stwierdzonych nieprawidłowości.

Celem sprawdzenia wykonania przez Powoda wydanych Zaleceń pokontrolnych Prezes UKE przeprowadził w okresie od dnia 11 stycznia 2013 r. do dnia 8 lutego 2013 r. ponowną kontrolę w (...), której ustalenia zawarte zostały we włączonym do akt postępowania protokole kontroli z dnia 8 lutego 2013 r., znak: (...). Przedmiotem tej kontroli było sprawdzenie przestrzegania przez (...) przepisów Pt określających obowiązki dostawców tych usług względem użytkowników końcowych, w tym kontroli umów, regulaminów trybu rozpatrywania reklamacji oraz wykonania Zaleceń pokontrolnych. W wyniku ww. ponownej kontroli stwierdzono, iż (...) wykonał w części Zalecenia pokontrolne. Kontrola wykazała nieprawidłowości wymienione w pkt 6 tiret pierwsze Zaleceń pokontrolnych, dotyczące braku informowania abonentów, w sprawach obejmujących okres po wydaniu Zaleceń pokontrolnych, o wyczerpaniu drogi postępowania reklamacyjnego i prawie dochodzenia roszczeń w postępowaniu sądowym, a dodatkowo, w przypadku gdy reklamującym jest konsument, o prawie dochodzenia roszczeń w postępowaniach, o których mowa w art. 109 i 110 Pt.

Apelujący zaznaczył, iż w protokole z dnia 8 lutego 2013 r., znak: (...) w punkcie VIII ad. 4 protokołu został wskazany wykaz spraw poddanych analizie, wymieniono (...)pism skierowanych przez (...) do użytkowników końcowych, wskazując ich numer oraz datę oraz określając, że pisma te stanowią

załącznik nr (...) do protokołu. Ponadto w punkcie XI wśród załączników protokołu wymieniono pod nr. (...) reklamacje. Załączone dokumenty znajdowały się na płytach CD.

Pozwany wskazał ponadto, iż zawiadomieniem z dnia 29 marca 2013 r., znak: (...) Prezes UKE poinformował (...) o wszczęciu z urzędu postępowania administracyjnego w sprawie wydania decyzji nakazującej (...) usunięcie stwierdzonych nieprawidłowości i nakładającej karę pieniężną w związku z naruszeniem obowiązków informacyjnych w stosunku do użytkowników końcowych, zaś w dniu 3 kwietnia 2013 r. Prezes UKE wydał postanowienie znak: (...), którym włączył do akt sprawy następujący materiał dowodowy:

- **kopię protokołu kontroli z dnia 28 września 2012 r. ; znak: (...),**

- **kopię protokołu kontroli z dnia 8 lutego 2013 r., znak: (...), do którego nie zostały załączone kopie płyt CD zawierające załączniki do protokołu**

- kopię Zaleceń pokontrolnych z dnia 17 października 2012 r., znak: (...),

- kopię pisma (...) (nieoznaczonego przez (...) datą dzienną, data wpływu do UKE w dniu 23 listopada 2012 r.) stanowiącego ustosunkowanie się (...) do wydanych Zaleceń pokontrolnych,

- kopię pisma (...) z dnia 11 stycznia 2013 r.,

- kopię pisma (...) z dnia 5 lutego 2013 r.

Pismem z dnia 13 maja 2013 r. powód podniósł, że wykonał zalecenia pokontrolne zgodnie z ich treścią oraz zobowiązał się do przekazania Prezesowi UKE informacji o wysokości osiągniętego dochodu za 2012 r.

W dniu 16 maja 2013 r. Prezes UKE wydał postanowienie znak: (...), którym włączył do akt sprawy następujący materiał dowodowy:

- kopię zaleceń pokontrolnych z dnia 21 marca 2013 r., znak: (...),

- kopię pisma (...) z dnia 5 kwietnia 2013 r. wraz z załącznikiem,

- kopię formularza (...) - informacja sprawozdawcza (...) za 2012 r.

W dniu 30 grudnia 2013 r. Prezes UKE wydał zaskarżoną przez Powoda i następnie uchyloną wyrokiem Decyzję.

Apelujący wskazał, iż pismem z dnia 30 października 2015 r. pełnomocnik Prezesa UKE wniósł o otwarcie na nowo zamkniętej rozprawy oraz o przeprowadzenie dowodu z płyt CD załączonych do tego pisma, **które zawierały materiały stanowiące załączniki do protokołu 8 lutego 2013 r., znak: (...) czyli między innymi pisma (...) poddane analizie podczas kontroli pod względem przestrzegania przez (...) przepisów prawa telekomunikacyjnego określających obowiązki dostawców usług telekomunikacyjnych względem użytkowników końcowych oraz z dnia 28 września 2012 r.; znak: (...).**

Apelujący wskazał, iż z uzasadnienia wyroku wynika, że Sąd pierwszej instancji nie przeprowadził dowodu z załączonych do pisma z 30 października 2015 r. płyt CD- załączników do protokołów kontroli i rozstrzygnął jedynie w oparciu o znajdującą się w aktach kopię protokołu kontroli z 8 lutego 2013 r., znak: (...), uznając, że sam protokół kontroli „nie jest dowodem wystarczającym na potwierdzenie ustaleń faktycznych, z których Prezes wywodzi wnioski będące podstawą negatywnego dla powoda rozstrzygnięcia i nałożenia kary pieniężnej.” Zdaniem Sądu pierwszej instancji w stosunku do części kontrolowanych spraw ((...)pism) Powód wykazał, iż korespondencja nie dotyczyła postępowania reklamacyjnego oraz, że w jednej Powód dokonał prawidłowego pouczenia.

Zdaniem apelującego Sąd pierwszej instancji rozpoznając sprawę naruszył art. 233 k.p.c. gdyż nie dokonał wszechstronnego rozważenia całego zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz nieprawidłowo ocenił moc

dowodową materiałów zebranych w sprawie. Sąd pierwszej instancji uznał ustalenia protokołu z dnia 8 lutego 2013 r., znak: (...) bez pism (...) poddanych analizie za niewystarczający dowód tego, że powód dopuszczał się naruszenia odpowiednich przepisów Rozporządzenia.

W ocenie pozwanego takie stwierdzenie zdaje się być niezgodne z treścią art. 244 k.p.c. i z przyjętą w doktrynie zasadą, iż: „Zgodnie z art. 244, dokumenty urzędowe sporządzone w odpowiedniej formie przez powołane do tego organy władzy publicznej w zakresie ich działania lub przez organizacje zawodowe, samorządowe, spółdzielcze i inne organizacje pozarządowe w zakresie powierzonych im przez przepisy ustawy spraw z dziedziny administracji publicznej, korzystają z domniemania (które może być obalone w sposób przewidziany w art. 252 - por. uzasadnienie wyroku SN z dnia 18 września 1969 r., II CR 308/69, OSNC 1970, nr 7-8, poz. 130) zgodności z prawdą tego, co zostało w nich urzędowo zaświadczone oraz z domniemania prawdziwości (autentyczności pochodzenia takiego dokumentu od jego wystawcy).

W ocenie Prezesa UKE nie może ulegać wątpliwości, że protokół kontroli z dnia 8 lutego 2013 r., znak: (...) stanowi dokument urzędowy, a zatem zgodnie z treścią art. 244 k.p.c. oraz przywołanym powyżej poglądem doktryny korzysta z domniemania zgodności z prawdą, zaś strona, która zaprzecza prawdziwości dokumentu urzędowego albo twierdzi, że zawarte w nim oświadczenia organu, od którego dokument ten pochodzi, są niezgodne z prawdą, powinna okoliczności te udowodnić.

Aby więc podważyć wiarygodność ustaleń zawartych w protokole kontroli z dnia 8 lutego 2013 r., znak: (...), (...) winna wykazać, że na bazie spraw poddanych kontroli nie dochodziło po stronie (...) do naruszenia § 7 ust. 2 pkt 6 Rozporządzenia.

Apelujący podniósł, iż (...) wykazała, iż spośród wszystkich spraw poddanych kontroli i wymienionych w protokole kontroli z dnia 8 lutego 2013 r., znak: (...), czyli (...)pism (...) skierowanych do abonentów, w (...)pismach nie doszło do naruszenia §7 ust. 2 pkt 6 Rozporządzenia.

Pozwany zaznaczył, iż ani z treści protokołu z dnia 8 lutego 2013 r., znak: (...), ani z zaskarżonej Decyzji nie wynika aby Prezes UKE stał na stanowisku, że we wszystkich poddanych badaniu sprawach (...)pismach (...) naruszył §7 ust 6 Rozporządzenia. Prezes UKE na bazie analizy tych pism stwierdził, iż (...) w dalszym ciągu dopuszcza się naruszeń § 7 ust. 2 pkt 6 Rozporządzenia, choć nie we wszystkich badanych sprawach. (...) natomiast w toku postępowania nie zdołała obalić domniemania prawdziwości tego protokołu, gdyż nie wykazała, że we wszystkich badanych sprawach (...) postępował zgodnie z przepisami prawa ale wykazał jedynie, że z 10 pism poddanych badaniu nie wynika, że (...) naruszała odpowiednie przepisy Rozporządzenia.

Dlatego też – zdaniem apelującego – zarzut naruszenia art. 233 k.p.c. w związku z art. 244 k.p.c., należało uznać za zasadny.

Uzasadniając zarzut naruszenia przepisów prawa procesowego, tj. art. 225 k.p.c. oraz art. 316 §2 k.p.c. w związku z art. art. 227 k.p.c. poprzez nie otwarcie rozprawy na nowo oraz nie przeprowadzenie dowodu z płyt CD stanowiących załącznik do protokołu kontroli z dnia 8 lutego 2013 r. załączonych do pisma pełnomocnika Prezesa UKE z dnia 30 października 2015 r., pozwany podnosił, iż w sytuacji gdy Sąd pierwszej instancji stoi na stanowisku, iż do zbadania czy (...) rzeczywiście dokonywało naruszeń art. § 7 ust. 2 pkt 6 Rozporządzenia koniecznym jest zapoznanie się przez Sąd z korespondencją poddaną przez Prezesa UKE kontroli winien otworzyć zamkniętą rozprawę na nowo i przeprowadzić ten dowód.

Wskazując na powyższe zarzuty apelujący wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez orzeczenie oddalenia w całości odwołania (...) S.A. oraz zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego Wyroku SOKiK w całości

i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji oraz zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Powód (...) S.A. z siedzibą we W. wnosił o oddalenie apelacji Prezesa UKE w całości jako bezzasadnej oraz o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od Pozwanego na rzecz Powoda, w tym wyodrębnionych kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja nie zasługiwała na uwzględnienie, albowiem zarówno ustalenia faktyczne, jak i ich ocena prawna dokonane przez Sąd pierwszej instancji, są prawidłowe. Sąd Apelacyjny w pełni je podziela i przyjmuje za własne.

Na wstępie należy przypomnieć, iż zgodnie z art. 233 § 1 k.p.c. sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. W orzecznictwie podkreśla się, iż oznacza to obowiązek uwzględnienia wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu, jak również wszelkich okoliczności towarzyszących przeprowadzaniu poszczególnych dowodów i mających znaczenie dla oceny ich mocy i wiarygodności (por. wyrok SN z dnia 17 listopada 1966 r., II CR 423/66, OSNPG 1967, nr 5-6, poz. 21; uzasadnienie wyroku SN z dnia 24 marca 1999 r., I PKN 632/98, OSNAPiUS 2000, nr 10, poz. 382; uzasadnienie postanowienia SN z dnia 11 lipca 2002 r., IV CKN 1218/00, LEX nr 80266; uzasadnienie postanowienia SN z dnia 18 lipca 2002 r., IV CKN 1256/00, LEX nr 80267; wyrok SA w Poznaniu z dnia 12 czerwca 2013 r., IIIAUa 51/13, LEX nr 1356634). Jak twierdzi się w literaturze, moc dowodowa oznacza siłę przekonania uzyskaną przez sąd wskutek przeprowadzenia określonych środków dowodowych na potwierdzenie prawdziwości lub nieprawdziwości twierdzeń na temat okoliczności faktycznych, istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Wiarygodność zaś decyduje o tym, czy określony środek dowodowy, ze względu na jego indywidualne cechy i obiektywne okoliczności, zasługuje na wiarę (zob. wyrok SA w Poznaniu z dnia 21 marca 2013 r., III AU a 1431/12, LEX nr 1322011; wyrok SA w Łodzi z dnia 5 czerwca 2013 r., I ACa 50/13, LEX nr 1345548; wyrok SA w Łodzi z dnia 23 lipca 2013 r., I ACa 90/13, LEX nr 1356578). Przyjmuje się, że ramy swobodnej oceny dowodów muszą być zakreślone wymaganiami prawa procesowego, doświadczenia życiowego, regułami logicznego myślenia oraz pewnego poziomu świadomości prawnej, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i wążąc ich moc oraz wiarygodność, odnosi je do pozostałego materiału dowodowego" (Tomasz Demendecki Komentarz aktualizowany do art. 233 Kodeksu postępowania cywilnego).

Odnosząc się do pierwszego z podniesionych zarzutów, tj. naruszenia przez Sąd pierwszej instancji art. 233 k.p.c. w zw. z art. 244 k.p.c. należy stwierdzić, że w cytowanym protokole z dnia 8 lutego 2013 r. wymieniono (...)pism oraz stwierdzono, że pisma te stanowią załącznik nr (...)do protokołu, co potwierdzone zostało również w apelacji. Skoro tak, to powyższy protokół kontroli włączony do akt postępowania administracyjnego prowadzonego w sprawie wydania decyzji nakazującej (...) S.A. usunięcie stwierdzonych w zaleceniach pokontrolnych nieprawidłowości i nakładającej karę pieniężną w związku z naruszeniem obowiązków informacyjnych w stosunku do użytkowników końcowych, jest dokumentem niekompletnym. Słusznie zauważył zatem Sąd pierwszej instancji, iż pozwany w toku postępowania sądowego nie przedstawił dowodu w postaci dokumentów źródłowych, na które sam powołuje się w protokole kontroli z dnia 8 lutego 2013 r. Uniemożliwiało to przeprowadzenie jakiegokolwiek weryfikacji prawidłowości wydanej przez Prezesa UKE decyzji, czemu przecież ma służyć postępowanie sądowe w tego rodzaju sprawach.

Podkreślić przy tym należy, iż to na Prezesie Urzędu Komunikacji Elektronicznej, jako organie administracji publicznej, leżał obowiązek wyczerpującego zebrania materiału dowodowego, w tym dokumentów źródłowych, zaś braki w tym zakresie muszą skutkować uchynieniem decyzji. Zgodnie bowiem z wyrokiem WSA w L.z dnia 16 maja 2008 r. (sygn. II SA/Lu 202/08) „W orzecznictwie podkreśla się, że zaniechanie przez organ administracji podjęcia

czynności procesowych zmierzających do zebrania pełnego materiału dowodowego, zwłaszcza gdy strona powołuje się na określone i ważne dla niej okoliczności, jest uchybieniem przepisom postępowania administracyjnego, skutkującym wadliwością decyzji. Zaniedbanie organu administracji państwowej, polegające na niedopełnieniu obowiązku zgromadzenia pełnego materiału dowodowego, jak również uproszczona ocena zebranego, niepełnego materiału dowodowego jest wadą postępowania uzasadniającą uchylenie decyzji administracyjnej wydanej w wyniku takiego zaniedbania." Przytoczone powyżej orzeczenie należy odnieść do specyfiki spraw rozpoznawanych przez sądy powszechne w trybie art. 479⁵⁷-479⁶⁷ k.p.c. Wprawdzie bowiem na skutek odwołania prowadzony jest kontradiktoryjny proces rozpoznawczy, rezultatem którego jest bądź oddalenie odwołania, bądź zmiana decyzji w całości lub w części, jednakże kwalifikowane wady decyzji administracyjnej dają podstawę Sądowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów do uchylenia takiej decyzji w całości. Nie może ulegać wątpliwości, że braki dowodowe dotyczące zasadniczego aspektu sprawy, stanowią wadę kwalifikowaną zaskarżonej decyzji.

Protokół kontroli ma charakter wtórny i powinien zawierać analizę zbadanych pism i innych dokumentów źródłowych, na które się powołuje. Brak w postaci niezałączenia do protokołu kontroli materiałów źródłowych powoduje, że Prezes UKE w swojej decyzji opiera się na niekompletnym protokole kontroli, który sam tworzy. Brak pism, które powinny być załącznikami do protokołów, uniemożliwia sądową kontrolę decyzji wydanej na jej podstawie, gdyż motywy wydania przez Prezesa UKE zaskarżonej decyzji pozostają nieujawnione i sąd nie ma możliwości zbadania zasadności jej wydania.

Słusznie zauważył powód w odpowiedzi na apelację, iż konieczność załączenia do protokołu dokumentów źródłowych we właściwym czasie jest szczególnie widoczna w związku z udowodnieniem przez (...) S.A., że co najmniej część z pism nie dotyczy postępowania reklamacyjnego, a odstąpienia od umowy – czego pozwany ostatecznie nie kwestionuje. Sąd pierwszej instancji, wobec nie przedłożenia przez stronę pozwaną dokumentów źródłowych, został pozbawiony możliwości ich weryfikacji.

Przytoczony w apelacji pozwany fragment ze str. 4 protokołu „Analiza ww. spraw wykazała, że odpowiedzi reklamacyjne nie zawierają pouczeń o wyczerpaniu drogi reklamacyjnej(...)”, bez szczegółowego określenia, w których ze zbadanych sprawach Prezes UKE stwierdził naruszenia, prowadzi do wniosku, że zostały one stwierdzone we wszystkich dwudziestu pięciu przypadkach, co jednak jest niezgodne z prawdą, bowiem na etapie postępowania apelacyjnego pozwany sam przyznaje, że nie we wszystkich badanych sprawach dopuszczono się naruszeń. Zaskarżoną Decyzję uznać więc należy za wadliwą prawnie także z tej przyczyny, iż brak jest w jej uzasadnieniu jakichkolwiek rozważań w zakresie odniesienia wysokości orzeczonej kary pieniężnej do ilości zidentyfikowanych przypadków naruszenia prawa, tj. do zakresu naruszenia w rozumieniu art.210 ust.2 Pt.

W ocenie Sądu Apelacyjnego niezasadny jest również zarzut naruszenia przepisów postępowania poprzez nieotwarcie rozprawy na nowo oraz nie przeprowadzenie dowodu z płyt CD mających stanowić załącznik do protokołu kontroli z dnia 8 lutego 2013 r.

Przede wszystkim należy wskazać, że wniosek dowodowy zawarty w piśmie procesowym pozwanego złożonym już po zamknięciu rozprawy, jest spóźniony. Pozwany mógł bowiem zgłosić go w odpowiedzi na pismo procesowe (...) z dnia 07 października 2015 r., gdzie kwestia braków dowodowych została wprost podniesiona. Pismo powoda zostało nadane i doręczone pozwanemu przed ostatnim terminem w sprawie i brak jakichkolwiek przyczyn tłumaczących, dlaczego Pozwany nie mógł odnieść się do twierdzeń i dowodów (...) wcześniej, niż dopiero na posiedzeniu wyznaczonym w celu publikacji orzeczenia w sprawie, np. na terminie rozprawy w dniu 22 października 2015 r. Sąd pierwszej instancji słusznie więc oddalił ten wniosek dowodowy jako spóźniony, gdyż dokumenty źródłowe były dowodem wcześniej znanym pozwanemu, zaś obligatoryjne otwarcie rozprawy dotyczy tylko takiej sytuacji opisanej w art. 316 § 2 k.p.c., jeśli okoliczności istotne ujawniły się dopiero po zamknięciu rozprawy. Nie ulega wątpliwości, że

dokumenty stanowiące załącznik do protokołu kontroli z dnia 8 lutego 2013 r. (niezależnie od tego w jakiej postaci zostały utrwalone), były znane pozwanemu jeszcze przed wytoczeniem powództwa i nie były dowodem nowym.

Ponadto zauważyć należy, iż w apelacji pozwany błędnie wskazuje, że

płyty CD zawierające dokumenty źródłowe stanowiły załącznik do protokołu kontroli z dnia 8 lutego 2013 r. W punkcie XI tego protokołu wśród załączników protokołu wymieniono pod nr. (...)reklamacje, jednakże z treści tego protokołu – w przeciwieństwie do punktu XI protokołu z dnia 28 września 2012 r. (k. 9 akt administracyjnych) – w żaden sposób nie wynika, iż załączone dokumenty znajdowały się na płytach CD. Nie polegało zatem na prawdzie twierdzenie zawarte w piśmie pozwanego z dnia 30 października 2015 r., iż dowody zgromadzone w toku kontroli w postaci nośników CD znajdują się przy oryginałach protokołów kontroli i stanowią one ich integralną część, zaś kopie tych protokołów wraz z załącznikami (w formie nośników CD) stanowią część akt administracyjnych w niniejszej sprawie. Nośniki CD do protokołu z dnia 8 lutego 2013 r. nie tylko nie zostały bowiem dołączone, ale z treści protokołu nie wynika, aby kiedykolwiek zostały sporządzone. Zawarte w piśmie z dnia 30 października 2015 r. stwierdzenie, że załączniki w formie nośników CD stanowiły integralną część protokołów, implikowało sformułowanie zarzutu pod adresem Sądu pierwszej instancji, iż Sąd nie przeprowadził tego dowodu na rozprawie, zaś płyty z załącznikami do protokołów z nieznanymi Prezesowi UKE przyczyn nie znajdują się w aktach, co z kolei stanowiło podstawę zgłoszenia wniosku dowodowego. Zarzut pozwanego zawarty w tym piśmie okazał się jednak całkowicie bezpodstawny, zaś niekompletność akt administracyjnych może obciążać wyłącznie stronę pozwaną. To przecież Prezes UKE decyduje, jakie materiały włączyć do akt postępowania administracyjnego i skoro w postanowieniu z dnia 3 kwietnia 2013 r. (k. 3 akt administracyjnych) uznał, iż wystarczającym będzie włączenie jedynie kopii protokołów kontroli z dnia 28 września 2012 i 8 lutego 2013 r., bez dołączania materiałów źródłowych, musiał liczyć się z mogącymi stąd wynikać konsekwencjami.

Nie można też pominąć milczeniem kwestii, iż poprzestanie na tak okrojonym materiale dowodowym w toku postępowania o nakazanie usunięcia stwierdzonych naruszeń i nałożenia kary pieniężnej, naruszało prawo przedsiębiorcy do obrony. Przy wniosku z dnia 30 października 2015 r. prawo to nie zostało również powodowi zagwarantowane, bowiem złożone przy tym piśmie płyty CD nie zostały przesłane powodowi wraz z odpisem tego pisma, wobec czego powód nie miałby jak ustosunkować się do tego dowodu, nawet gdyby Sąd otworzył rozprawę i ten dowód dopuścił (abstrahując od daty otrzymania tego pisma przez powoda – 5 listopada 2015 r., a więc 2 dni po terminie publikacji wyroku).

Biorąc powyższe względy pod uwagę słusznie Sąd pierwszej instancji uznał, iż strona pozwana nie przedstawiła materiału dowodowego pozwalającego zweryfikować prawidłowość ustaleń przyjętych za podstawę faktyczną zaskarżonej decyzji, co skutkowało uznaniem wadliwości tej decyzji w stopniu uzasadniającym jej uchylenie. Trafne było także stanowisko Sądu Okręgowego, iż zgłoszenie wniosku o dopuszczenie tych dowodów na terminie publikacji wyroku było spóźnione, gdyż nie było przeszkód, aby ten materiał dowodowy przedstawić wcześniej.

Mając na uwadze powyższe – na podstawie art. 385 k.p.c. – Sąd Apelacyjny oddalił apelację jako bezzasadną, o kosztach postępowania apelacyjnego orzekając na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c.